



## *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*

---

2012/67

diciembre 2012

---

### **LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL TRAS LA REFORMA DE 2011 \***

Jesús Quijano González

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad de Valladolid.

[jq@eco.uva.es](mailto:jq@eco.uva.es)

*Documento depositado en el archivo institucional [EPrints Complutense](http://eprints.ucm.es/)*

<http://eprints.ucm.es/>

*Copyright © 2009 por el autor*

---

\* El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia presentada en el X Seminario Harvard-Complutense celebrado en la Universidad de Harvard (Harvard Law School-Real Colegio Complutense) los días 24, 25 y 26 de septiembre de 2012.

## LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL TRAS LA REFORMA DE 2011\*

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ  
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL  
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID  
CONSEJERO ACADÉMICO DE ALLEN & OVERY

**Resumen:** La reforma de la Ley Concursal de 2003 por la Ley de 10 de octubre de 2011 ha introducido numerosas novedades en muy distintos aspectos del modelo concursal español, profundizando y diversificando las modificaciones que ya había operado el real decreto-Ley de 27 de marzo de 2009. Entre los aspectos afectados, y con notable alcance, está la disciplina de la responsabilidad concursal, prevista inicialmente en el artículo 172, 3 y ahora ubicada con más entidad en el nuevo artículo 172 bis.

La nueva configuración de esta especial responsabilidad obliga, sin duda, a replantear todo el conjunto de elementos que integran su régimen jurídico, sean los presupuestos para que el juez del concurso pueda declararla, sean los términos de la condena en cuanto a su alcance personal y material, sean los efectos derivados de la sentencia. La discutida naturaleza de esta responsabilidad concursal debe, igualmente, debatirse de nuevo a partir de las reformas introducidas, porque éstas no sólo impactan sobre cuestiones concretas de su régimen, sino que impactan ampliamente sobre su propia configuración.

Este es el objetivo de este trabajo: analizar los distintos cambios producidos y reconstruir la disciplina de la responsabilidad concursal, tomando como punto de partida la calificación del concurso, materia en la que ya ha recaído una interesante jurisprudencia, poniendo en relación el funcionamiento de esta responsabilidad con otros aspectos colaterales (las garantías y el aseguramiento) y revisando el marco de relaciones de coordinación de la responsabilidad concursal con el eventual ejercicio de otras acciones de responsabilidad societaria, por daños y por deudas, contra los administradores de la entidad concursada.

**Palabras clave:** Calificación del concurso, responsabilidad concursal, personas afectada, cobertura del déficit.

---

\* El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia presentada en el X Seminario Harvard-Complutense celebrado en la Universidad de Harvard (Harvard Law School-Real Colegio Complutense) los días 24, 25 y 26 de septiembre de 2012.

## LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL TRAS LA REFORMA DE 2011\*

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ  
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL  
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID  
CONSEJERO ACADÉMICO DE ALLEN & OVERY

### Sumario:

I.	<b>Introducción: un asunto con interés renovado.....</b>	<b>4</b>
II.	<b>La calificación del concurso como culpable: punto de partida.....</b>	<b>5</b>
	1. El modelo legal: la cláusula general, las presunciones y los hechos de concurso culpable.....	6
	2. La orientación de la jurisprudencia reciente.....	10
	3. La sentencia de calificación y las personas afectadas.....	12
III.	<b>La responsabilidad concursal.</b>	
	1. Los presupuestos: la calificación en caso de apertura de la fase de liquidación y la sentencia condenatoria.....	16
	2. La legitimación activa y pasiva.....	18
	3. La condena individualizada y por concreta cantidad de todas o alguna de las personas afectadas.....	19
	4. La integración en la masa activa de las cantidades obtenidas.....	23
	5. La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad como conclusión.....	24
IV.	<b>Breve consideración de otros aspectos relacionados.</b>	
	1. Embargo preventivo y aseguramiento de la responsabilidad concursal..	26
	2. La relación entre la responsabilidad concursal y las acciones societarias de responsabilidad por daños y por deudas.....	28

### I. Introducción: *un asunto con interés renovado.*

---

\* El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia presentada en el X Seminario Harvard-Complutense celebrado en la Universidad de Harvard (Harvard Law School-Real Colegio Complutense) los días 24, 25 y 26 de septiembre de 2012.

La responsabilidad concursal apareció como una categoría novedosa en la Ley Concursal de 2003 y desde entonces no ha dejado de suscitar interés y debate. Es probable que la intención del legislador de entonces fuera la de acoger una opción alternativa a la del clásico instrumento de la “extensión del concurso” (de la quiebra en la formulación histórica), que trasladaba de forma más o menos automática la declaración concursal a personas físicas o jurídicas distintas del concursado (a sus socios ilimitadamente responsables, a sus administradores, a su sociedad dominante, etc.), cuando éste fuera una sociedad. Tal planteamiento, apuntado en alguno de los Anteproyectos de reforma concursal que se sucedieron a lo largo del siglo XX, no fue acogido como tal en la Ley de 2003, pero, en su lugar, se estableció una peculiar conexión entre concurso de personas jurídicas calificado como culpable, personas afectadas por la sentencia de calificación y responsabilidad personal de los afectados por el pasivo pendiente, dirigida a completar la satisfacción de acreedores que no hubieran visto sus créditos íntegramente cubiertos tras la liquidación de la masa activa.

Los antecedentes más directos de tal responsabilidad, recogida en el artículo 172, 3, habría que encontrarlos en ordenamientos comparados (“l’action en comblement du passif” del Derecho francés, muy en particular), aunque también pudiera haber influido la previa configuración en nuestro ordenamiento de una categoría de responsabilidad de los administradores por deudas de la sociedad en determinados supuestos (de pérdidas cualificadas especialmente) en que hubieran incumplido la obligación de procurar la disolución, sin adoptarse soluciones alternativas, que las leyes de sociedades (la de anónimas de 1989, en su artículo 262, y la de limitadas de 1995, en su artículo 105) ya habían incorporado con anterioridad.

No deja de resultar sorprendente que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003 no se hiciera expresamente eco de tal novedad en su apartado VIII, dedicado a glosar la calificación del concurso, pero lo cierto es que la atención doctrinal por la institución se manifestó enseguida con un amplio número de comentarios, artículos y monografías que examinaron su disciplina y debatieron con polémica sobre la esencia, más sancionadora o más indemnizatoria, de su naturaleza, como es de sobra conocido.

Tal interés, lejos de decaer, se ha incrementado notablemente con el paso del tiempo. No sólo porque la citada polémica doctrinal haya continuado, ofreciendo análisis y construcciones cada vez más sugerentes; recientemente, porque se han producido dos acontecimientos de primera magnitud para estimular un nuevo replanteamiento de la cuestión: de un lado, en los últimos tiempos ha empezado a acumularse una interesante jurisprudencia en sentencias del Tribunal Supremo sobre calificación del concurso y responsabilidad concursal, precedida de pronunciamientos

divergentes en distintos Tribunales inferiores y no exenta de controversia; de otro lado, la reforma concursal de 2011, que ha sistematizado esta responsabilidad en un nuevo precepto monográfico (el artículo 172, bis), ha introducido importantes cambios en su estructura y en su disciplina.

Ambas circunstancias animan a una revisión actualizada del régimen de la responsabilidad concursal desde una nueva perspectiva, como es la cobertura del déficit concursal, antes diluida por la configuración del instrumento con un fin de pago directo de créditos insatisfechos a los acreedores. Este es el objetivo del presente trabajo, que no pretende tanto una reconstrucción completa y exhaustiva de tal institución, sino más bien un análisis selectivo de los aspectos en los que la incidencia de esos acontecimientos ha sido más intensa.

## **II. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE: PUNTO DE PARTIDA.**

Es sabido que la sentencia que condene por responsabilidad concursal a las personas afectadas sólo puede dictarse si previamente se ha abierto la sección de calificación (Sección 6ª del procedimiento), en ciertos supuestos y con determinados resultados. Dicho en otros términos, no siempre que haya calificación hay responsabilidad, pero para que haya responsabilidad debe haber habido calificación. Más concretamente, la responsabilidad concursal sólo acaece si el concurso, en ciertos supuestos de apertura o reapertura de la sección de calificación, resulta calificado como culpable. Éste es, pues, el presupuesto procesal y material, y, como tal, el punto de partida en lo que aquí atañe.

El artículo 163 de la Ley Concursal, tras la reforma de 2011, ha dejado de establecer los casos en que procede la formación de la Sección sexta de calificación del concurso. Tal indicación ha pasado ahora al artículo 167, pero, con el cambio de ubicación sistemática, se ha producido también un cambio significativo de orientación: el primitivo artículo 163 enumeraba en clave positiva los supuestos (aprobación judicial de un convenio gravoso para todos los acreedores o para los de una clase, con quita superior a un tercio y espera superior a tres años, y apertura de la fase de liquidación por cualquier causa), mientras que el actual artículo 167, 1, propone una enumeración fundamentalmente negativa (la formación de la Sección sexta se ordena en la misma resolución judicial que apruebe el convenio o el plan de liquidación, o cuando ésta se produzca conforme a las reglas legales supletorias, pero, por excepción, no procederá abrir dicha Sección si el convenio aprobado judicialmente no es gravoso en los términos indicados, salvo que se incumpla. Lo que, a sensu contrario, significa que la Sección sexta se forma si se abre la fase de liquidación, tanto si ésta va a desarrollarse conforme al

plan o mediante las reglas legales, y cuando se aprueba un convenio gravoso o se incumple uno no gravoso. En el Proyecto de Ley que precedió a la reforma, el “beneficio” de quedar exento de la calificación quedaba reservado, como incentivo, sólo al convenio no gravoso anticipado; pero tal restricción no prosperó, con lo que a estos efectos es indiferente que el convenio no gravoso proceda de una propuesta anticipada u ordinaria, en los términos respectivos de los artículos 104 y 113.

Conviene, no obstante, insistir ahora, y sin perjuicio de mayor especificación en su momento, que éstos son los supuestos de apertura de la Sección de calificación, pero sólo en algunos de ellos, y siempre que resulte calificación de culpable, podrá declararse la responsabilidad concursal. El artículo 172, 1, en efecto, conecta la eventual condena de personas afectadas a la formación de la sección de calificación en caso de apertura de la fase de liquidación y a la reapertura de dicha sección por incumplimiento del convenio. Tal falta de coincidencia entre presupuestos de la calificación y presupuestos de la responsabilidad debe tenerse muy en cuenta a estos efectos para evitar asimilaciones precipitadas de dos situaciones concursales que tienen distinta naturaleza y alcance.

Aclarado esto, la base material esencial en la que descansa la eventual responsabilidad concursal es la calificación del concurso como culpable en los términos de los artículos 164 y 165. Éste es, sin duda, el aspecto que merece una especial consideración, a la vista de las diversas reglas y supuestos que lo integran y de las distintas opciones interpretativas que ofrecen, con efectos notablemente distintos para la exigencia de dicha responsabilidad.

### **1. El modelo legal: la cláusula general, las presunciones y los hechos de concurso culpable.**

La calificación del concurso como culpable opera a partir de un modelo legal complejo, integrado por tres elementos esenciales: una cláusula general abierta, formada a su vez por un hecho objetivo y un título de imputación subjetivo, un conjunto de presunciones relacionadas con este título de imputación, y un listado exhaustivo de “hechos de concurso culpable” que desencadenan la calificación con notable automatismo.

La cláusula general (artículo 164.1) se compone, en primer lugar, de un hecho objetivo como lo es el estado de insolvencia del deudor, entendiendo por tal la situación descrita como presupuesto objetivo del concurso en el artículo 2.2 (“se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”). Aunque el debate no tiene una relación directa con las cuestiones que aquí se plantean, sino más bien con el momento inicial de la declaración del concurso, se trata de un

concepto notablemente amplio de insolvencia: el deudor debe estar afectado por una “imposibilidad” (no simplemente una dificultad o una falta de voluntad) de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (líquidas y vencidas), pero entendiendo que la regularidad en el cumplimiento implica “pago íntegro y puntual” de esas obligaciones (satisfacción del total importe de la deuda y a su vencimiento), lo que alcanza tanto a supuestos de desbalance o falta de bienes o de crédito, como a supuestos de iliquidez o falta de tesorería. El precepto, además, toma en consideración para valorar la conducta que hace culpable el concurso, tanto la generación como el agravamiento de la insolvencia, lo que, indudablemente, amplía el campo de acción de la cláusula general y el propio margen de la calificación.

En segundo lugar, el título de imputación subjetiva debe situarse en el grado más elevado de la culpabilidad, como lo es el dolo o la culpa grave, una vez más equiparados, de manera que sólo si la generación o agravamiento de la insolvencia procede de una conducta consciente, intencionada o maliciosa dirigida a producir ese efecto, o que no lo pudiera excluir, (ya se trate de dolo directo o indirecto), o de una falta total e inexcusable de la diligencia (tráiganse aquí las pautas o parámetros de comportamiento relacionados con los deberes de los administradores en el ámbito societario del ordenado empresario y representante leal para valorar el descuido, la desatención, la imprudencia, etc.) habrá base para calificar el concurso como culpable y con repercusión para las personas afectadas. Además, entre ambos elementos objetivo y subjetivo debe comprobarse una relación de causalidad adecuada (la expresión legal “hubiera mediado” es bien significativa), de modo que la propia generación o, al menos, el agravamiento de la insolvencia deben ser la consecuencia de un comportamiento reprochable del deudor, que pueda serle imputado a título de dolo o culpa grave, pues conocía, o debía conocer, o no podía ignorar, la trascendencia patrimonial de sus actos. Y ello también significa que si la generación o la agravación de la insolvencia proceden de una circunstancia ajena al comportamiento, incluso culpable, del deudor, hasta el punto de que hubieran acaecido igualmente y en todo caso, no se dará el presupuesto habilitante de la cláusula general. Pero no debe entenderse, en el otro extremo, que la conducta dolosa o gravemente culpable del deudor debe ser la causa exclusiva de la generación o agravamiento de la insolvencia; bastaría que hubiera contribuido a la generación, o que generada por causas ajenas haya contribuido a agravarla, para que el nexo causal requerido esté presente. Que “haya mediado dolo o culpa grave del deudor” admite gradación, y el amplio margen de valoración se mueve entre la exclusividad y la indiferencia, pero ni exige la una, ni basta la otra.

Como es obvio, el dolo o la culpa grave y la relación causal con la generación o agravación de la insolvencia deben ser probados en el trámite de la calificación del concurso como culpable por quienes la instan o deben emitir informe al respecto (artículos 168 y 169). El modelo legal, no obstante,

facilita tal comprobación al suministrar presunciones iuris tantum de dolo o culpa grave en determinados supuestos previstos en el artículo 165 (sustancialmente se trata de incumplimiento de los deberes de solicitar el concurso, de colaborar con los órganos que lo desarrollan, o de formular, auditar y depositar las cuentas anuales), lo que permite soslayar la prueba del título de imputación subjetiva, pero no exime probar la relación de causalidad entre esos supuestos y la generación o agravamiento de la insolvencia. Al solicitante correspondería, pues, probar uno de los hechos indicados y su impacto sobre la insolvencia, pero no el dolo o culpa grave del deudor; por el efecto de inversión de la carga de la prueba que emana de la presunción, es éste quien debería probar en contrario la inexistencia de dolo o culpa grave y, en su caso, suministrar la contraprueba capaz de desvirtuar la relación de causalidad, cuya estimación se habrá visto también facilitada por la presunción de culpa, aunque se trate de dos ingredientes de la calificación (la culpa del deudor y el nexo causal con la insolvencia) conceptualmente distintos y no necesariamente vinculados entre sí desde el punto de vista probatorio. Este artículo 165, por tanto, debe entenderse directamente relacionado con el 164.1, en tanto que está expresamente referido a uno de los elementos esenciales de la cláusula general de concurso culpable. No se trata, pues, de una tercera categoría de supuestos de concurso culpable facilitada en la prueba, sino simplemente de un conjunto de casos en los que se presume, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave, pero no para conducir sin más a la calificación, sino para aligerar la operatividad de la cláusula general. Tal vez por eso hubiera tenido lógica que el artículo 165 fuera apartado segundo del 164, y a la inversa, para proyectar una mayor claridad sistemática e interpretativa.

Muy distinto significado tiene la enumeración de supuestos del artículo 164.2. El precepto relata seis circunstancias que deben entenderse como una lista cerrada y exhaustiva: incumplir la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o cometer irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor; cometer inexactitud grave, o falsedad, en la documentación concursal; incumplir el convenio por causa imputable al concursado, con la consiguiente apertura de la fase de liquidación; realizar alzamiento total o parcial de bienes u obstaculizar embargos en ejecuciones iniciadas o previsibles; extraer fraudulentamente bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso; y realizar actos jurídicos de simulación de una situación patrimonial ficticia antes del concurso.

La diversidad de los supuestos y su configuración más rígida o más flexible (especialmente cuando el ilícito se cualifica con conceptos indeterminados, como el “incumplimiento sustancial”, la “irregularidad relevante” o la “inexactitud grave”) debiera compensarse con una interpretación estricta dirigida a evitar una ampliación de su alcance en los



casos concretos; entre otras cosas porque llama la atención el contraste con alguno de los supuestos que fundan la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165 y el distinto tratamiento a que dan lugar, incluso cuando se trata de casos que pudieran superponerse en la práctica: por ejemplo, entre incumplir sustancialmente la obligación de llevar contabilidad (164.2.1º) y no formular las cuentas anuales cuando se está obligado a ello (165.3º) puede apreciarse cierta coincidencia material y, sin embargo, lo primero constituye un “hecho de concurso culpable”, de notable automatismo, mientras que lo segundo fundamenta una presunción de dolo o culpa grave que debe conectarse causalmente con la generación o agravación de la insolvencia.

La dicción literal del precepto (nótese la rotundidad del “en todo caso”, con que se inicia), y su propia ubicación sistemática, llevan a pensar que se ha querido delimitar aquí un ámbito de calificación automática del concurso como culpable, estableciendo una restricción a la cláusula general en todo su alcance; ni es necesario estimar la concurrencia de dolo o culpa grave, ni probar que entre el título de imputación y la generación o agravamiento de la insolvencia haya relación de causalidad. Bastaría constatar la situación de insolvencia y comprobar la existencia de uno de los seis hechos descritos, una vez valorada su gravedad o relevancia cuando así se exija, para concluir que el concurso debe ser calificado como culpable; y ello sin necesidad de establecer que entre el hecho y la insolvencia (en su generación o agravación) hay alguna conexión causal que los ponga en relación. Asimismo, tampoco sería necesario probar que en la comisión u omisión en que se materialice el hecho objetivo de concurso culpable concurría dolo o culpa grave, en el sentido de que tal comportamiento estuviera dirigido a generar o a agravar la insolvencia, sea de forma consciente, intencionada o maliciosa, sea de forma gravemente negligente o con descuido total de la diligencia exigible.

Pero, afirmado esto, conviene distinguir claramente los dos tramos o secuencias en que debe producirse la valoración jurídica: una cosa es que, establecido el hecho de concurso culpable, se desencadena la calificación como tal sin necesidad de conectarlo causalmente a la generación o agravación de la insolvencia ni de encuadrarlo en la categoría elevada de la culpabilidad, como dolo o culpa grave, y otra bien distinta es que la propia comisión u omisión antijurídica, considerada en sí misma, no deba ser valorada en términos adecuados de imputabilidad al correspondiente sujeto, sea el deudor concursado, si es persona física, o sus representantes, si es persona jurídica. Porque no se trata ahora de aplicar el rigor legal en cuanto a las consecuencias para la calificación del concurso, sino de enjuiciar el hecho previo que, si llegara a abrirse la sección de calificación, determinará que ésta sea de concurso culpable. Y tal hecho previo debe enjuiciarse aisladamente de su efecto, conforme a las reglas generales de imputación de una infracción, comisión u omisión típica, antijurídica y culpable, tomando aquí, en lo que resulte procedente, las reglas de la valoración cuasi penal de

una determinada conducta. Dicho en otros términos, si la irregularidad contable, o la inexactitud documental, o el incumplimiento del convenio, etc., no son imputables al sujeto en esos términos, en el caso concreto, lo que ocurrirá es que no hay “hecho” que pueda luego ser considerado como “hecho de concurso culpable” en el momento de la calificación. La objetividad, con lo que implica de automatismo, opera en la calificación del concurso, si está previamente sustanciado el “hecho de concurso culpable”; pero no debe operar en la propia estimación del “hecho” en sí; de modo que una irregularidad contable, aunque sea relevante, o una inexactitud documental, aunque sea grave, o un incumplimiento del convenio (véase que aquí el texto legal sí habla de “causa imputable al concursado”), etc., serán conductas típicas objetivamente antijurídicas, pero no serán “hecho de concurso culpable” si no pueden ser subjetivamente imputados al deudor concursado o a sus representantes porque concurren circunstancias probadas de exención de la culpa.

Esta apreciación resulta especialmente importante, ya que volverá a plantearse en relación con la condena por responsabilidad concursal, como en su momento se detallará. La calificación del concurso como culpable, sea por aplicación de la cláusula general, con o sin presunción de dolo o culpa grave, sea por la concurrencia de un “hecho de concurso culpable”, no desencadena automáticamente la responsabilidad concursal, o, mejor dicho, no debe desencadenarla. Deberá mediar una motivación o justificación añadida en la decisión del juez, que haga adecuada y proporcionada la condena a la cobertura del déficit concursal. Y de nuevo habrán de tenerse en cuenta a estos efectos juicios valorativos de imputación y culpabilidad de las personas afectadas que ahora, en el texto legal reformado (artículo 172, bis, 1, párrafo tercero), deben ser además individualizados para argumentar la condena a cantidad concreta de acuerdo con la participación en los hechos que dieron lugar a la calificación del concurso como culpable.

## **2. La orientación de la jurisprudencia reciente.**

Tras una primera fase de conocida y notable disparidad en los pronunciamientos de Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha resuelto ya un buen número de recursos de casación, dictando sentencias relativas a la calificación del concurso y, eventualmente, a la responsabilidad concursal de las personas afectadas. Es el caso de las de 22 y 23 de febrero, 12 de septiembre, 6 de octubre y 17 de noviembre, todas ellas de 2011, y las de 16 de enero, 26 de abril, 21 de mayo, 13 y 20 de junio, 16 y 19 de julio, y 10 de septiembre, de 2012.

Con independencia de las consideraciones sobre otros aspectos más colaterales para lo que aquí interesa (así, el recurrente argumento de la

retroactividad vinculado a un pretendido alcance sancionador de la responsabilidad concursal, la falta de legitimación impugnatoria, el carácter de administrador de hecho en algún caso, etc.), la doctrina principal de dichas sentencias versa directamente sobre el significado de los supuestos del artículo 164, 2, de la Ley Concursal, de entre los que el número 1º (irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor concursado) se ha aplicado con especial frecuencia, y, a partir de la calificación del concurso como culpable en esos casos, sobre la naturaleza y los presupuestos de la responsabilidad concursal.

La tesis central mantenida, con más o menos matices en función de las circunstancias del caso concreto, ha venido a establecer el carácter predominantemente objetivo de los supuestos del artículo 164, 2, como “hechos de concurso culpable” que conducen a la calificación del concurso como tal al margen de la cláusula general del artículo 164, 1. Pero simultáneamente se ha estimado también que la responsabilidad concursal, entendida más como responsabilidad resarcitoria o por daño a los acreedores que como responsabilidad sancionatoria, no es una consecuencia automática de la calificación del concurso como culpable; la condena exige una valoración judicial motivada o justificativa y, a tal efecto, sí debe tenerse en cuenta la relación causal entre la conducta de las personas afectadas por la sentencia de calificación y el daño a los acreedores materializado en el impago de sus créditos. Cabe concluir, pues, que no sería necesario un nexo causal entre “hechos de concurso culpable” del artículo 164, 2, y generación o agravación de la insolvencia del 164, 1, para calificar el concurso como culpable, pero sí lo sería entre conducta de las personas afectadas (aunque en la realidad pueda estar en la base del proceso de generación o agravación de la insolvencia o integrar un supuesto de “hecho de concurso culpable”) y daño producido a los acreedores por insatisfacción de sus créditos. Dicho más simplemente, el automatismo objetivo puede jugar para la calificación del concurso como culpable en ciertos casos, pero no para la condena por responsabilidad concursal, que requiere nexo causal con el daño o, quizá más precisamente, imputación del daño a las personas afectadas alcanzadas por la condena a cantidad concreta individualizada.

Particularmente reveladora de este delicado equilibrio entre calificación y responsabilidad es la Sentencia de 21 de mayo de 2012, cuyo fallo desestimatorio de los diversos recursos de casación interpuestos viene acompañado de un voto particular de especial interés para comprender el alcance de la doctrina establecida y sus eventuales límites. La Sentencia (ver especialmente su Fundamento de Derecho Sexto) había desestimado los argumentos de los recurrentes reiterando la doctrina sentada en sentencias anteriores respecto a la naturaleza de los supuestos del artículo 164,2, (aquí, irregularidad contable relevante e inexactitud documental grave) y su efecto

sobre la calificación del concurso como culpable, aunque, a la vez, había reiterado también que la responsabilidad concursal no es una consecuencia necesaria de tal calificación, sino que requiere una justificación añadida.

El voto particular, con un exhaustivo análisis interpretativo y de antecedentes comparados del entonces artículo 172, 3, y hoy 172, bis, subrayaba igualmente ese aspecto (“la calificación del concurso como culpable es presupuesto básico, pero no condición suficiente para la condena de responsabilidad concursal”, que es esencialmente potestativa para el juez), pero disenta a propósito de la necesaria justificación añadida, por entender que la sentencia no establecía relación de causalidad entre la conducta de las personas afectadas y el daño producido por el impago a los acreedores. La conducta a valorar sería la participación en los hechos que condujeron a la calificación del concurso como culpable, y el daño sería el impago de los créditos derivado de la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad concursada; de modo que aunque entre hechos e insolvencia no sea necesario nexo causal para calificar el concurso como culpable, sí lo es entre conducta y daño para condenar por responsabilidad concursal. Y la identidad fáctica entre conducta de las personas afectadas y hechos de concurso culpable, por un lado, y entre daño causado a los acreedores e insolvencia generada o agravada, por otro, no debe llevar a confusión jurídica sobre el efecto que producen (calificación, de un lado; responsabilidad, de otro) ni sobre la valoración de circunstancias que procede en cada caso. De manera que la imputación de responsabilidad debería haber exigido una contribución comprobada a la generación o agravación de la insolvencia, aunque tal conexión no se precise para la calificación del concurso como culpable. Lo contrario es, en términos del voto particular, que terminaba apelando a la seguridad jurídica de los afectados, aplicar una técnica sancionadora en la exigencia de una responsabilidad previamente calificada como resarcitoria. Tesis razonable que, previsiblemente, tendrá consecuencias sobre la doctrina a perfeccionar en futuros pronunciamientos.

### **3. La sentencia de calificación y las personas afectadas.**

Como último aspecto a considerar dentro de la mecánica de la calificación del concurso está la sentencia judicial que debe pronunciarse una vez que, abierta la Sección sexta, se hayan dado los pasos de personación, informes, tramitación y eventual oposición a que se refieren los artículos 168 a 171 de la Ley Concursal. La sentencia, caso de que califique el concurso como culpable, deberá contener los pronunciamientos que indica el artículo 172 y será el presupuesto, si así lo estima el juez, de la condena por responsabilidad concursal prevista en el artículo 172 bis.

De entre esos pronunciamientos, el que atañe más directamente al objeto

de este trabajo es, sin duda, la determinación de las personas afectadas (artículo 172, 2, 1º) que, en coherencia lógica con la enumeración incluida en la cláusula general de concurso culpable del artículo 164, 1, son, además del deudor persona física o de sus representantes legales, y para el caso de que se trate de persona jurídica, los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, los apoderados generales y quienes hubieran tenido cualquiera de esas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, debiendo motivarse expresamente la inclusión entre las personas afectadas de administradores o liquidadores de hecho. En algún momento de la elaboración del texto que dio lugar a la reforma de 2011, la dualidad “de hecho o de derecho” se extendía también a los apoderados generales, lo que acertadamente se corrigió al observar que en tal caso esa dualidad no es relevante, dada la tradicional identidad de supuestos en que el apoderado general ostenta esa condición, con poder formal inscrito o con notoriedad fáctica, sin que ello obste a su posición jurídica.

La relación de personas afectadas plantea un primer problema colateral como consecuencia de la inclusión en ella de quienes hayan tenido la condición requerida en los dos años anteriores al concurso. Porque tal restricción temporal, como límite a la extensión, no aparece a la hora de enunciar los hechos que conducen a la calificación del concurso como culpable, que podrían ser anteriores a ese periodo. De modo que, a título de ejemplo, una irregularidad contable relevante, e incluso determinante para la insolvencia ahora apreciada, cometida tres años antes de la declaración del concurso, podría conducir a la calificación de éste como culpable, sin que quienes la cometieron como administradores entonces de la sociedad puedan ser declarados en la sentencia personas afectadas por haber transcurrido más de dos años. Tal paradoja podría solucionarse estimando que el plazo retroactivo de los dos años juega para ambas apreciaciones, de modo que si ese tiempo limita la declaración de personas afectadas, también debe limitar la consideración de hechos de concurso culpable o de conductas alcanzadas por la cláusula general. De ahí para atrás jugarían las acciones societarias de responsabilidad por daños, o por deudas, si no hubieran prescrito. Solución que aporta seguridad, aunque también insatisfacción jurídica a la hora de valorar la imputación que conduce a la responsabilidad concursal.

En lo demás, procede remitir a la doctrina societaria, abundante y cualificada, a la hora de precisar el alcance de la condición de administrador y liquidador, de derecho o de hecho, particularmente en este último supuesto (obsérvese aquí la rica doctrina recaída en los casos del socio único, socio mayoritario o de control, sociedad dominante y sus órganos, etc.). Porque no parece razonable entender que cabe aplicar aquí algún tipo de dualidad conceptual que permitiera diferenciar entre “administrador o

liquidador de hecho societario” y “administrador o liquidador de hecho concursal”. Más allá del atractivo intelectual que pudiera tener la argumentación en supuestos en que, por ejemplo, una persona ajena al órgano haya participado exclusivamente en algunas decisiones que son precisamente las que han generado o agravado la insolvencia de la sociedad, o haya intervenido en hechos aislados pero determinantes para la calificación del concurso como culpable, a fin de atribuirle la condición de “administrador de hecho concursal”, aunque no fuera suficiente para considerarle “administrador de hecho societario” conforme a los parámetros de participación continuada y efectiva habitualmente utilizados al respecto, o viceversa, tal distinción conduciría a una discrecionalidad poco recomendable.

Novedoso, por el contrario, es el caso de los apoderados generales, no identificados con los administradores a efectos de la responsabilidad societaria, salvo que lo fueran en condición de administradores de hecho, y sí aquí, como personas potencialmente afectadas, a los efectos de la responsabilidad concursal. En otros ordenamientos comparados, singularmente en el Derecho italiano, la asimilación está expresamente establecida en el ámbito societario, bajo la fórmula del Director General, sin perjuicio de la distinción de supuestos de nombramiento estatutario y de nombramiento por acto orgánico u ordinario de designación. Pero lo cierto es que la asimilación concursal, reiterada en los artículos 48, ter, 164, 172 y 172 bis, obliga a delimitar con la mayor precisión posible el alcance de la figura y a recuperar la vieja doctrina del poder general con que se construía la figura del “factor mercantil”, inscrito o notorio, a partir de los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio, entendiendo que, como alto cargo, el de mayor rango, de la empresa, que no de la sociedad, y sin perjuicio de las consabidas coincidencias, ostentaba la clásica condición de “alter ego” del empresario más por un criterio material de extensión o amplitud de su poder de representación, conectado al “giro o tráfico del establecimiento”, que por un criterio formal de denominación (director general, gerente, etc.), o incluso de naturaleza, laboral o mercantil, del vínculo contractual.

Delimitados los supuestos de personas potencialmente afectadas por la declaración del concurso como culpable, convendría también aclarar que no todas las que pueden hipotéticamente serlo, deben efectivamente serlo. Es cierto que el texto legal se expresa en términos formalmente genéricos al respecto; pero nada impide que el juez, en la sentencia, declare personas afectadas a todos los posibles, o seleccione, de entre los que reúnen las condiciones requeridas, a alguno o a algunos solamente, porque considere que sólo a ellos deben alcanzar los efectos de la calificación. El artículo 172, 2, 1º, maneja la expresión “determinación de las personas afectadas por la calificación”, lo que puede perfectamente avalar esa alternativa; al igual que luego, en relación con la condena por responsabilidad concursal, es posible (y aquí ya con expresa previsión en el artículo 172, bis, 1) que no todos los

declarados como personas afectadas resulten efectivamente condenados a la cobertura del déficit. En ambos trances, el de la afectación y el de la responsabilidad, podrán, pues, tenerse en cuenta, en términos de imputación, las respectivas conductas y la participación en los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable, o de la propia insolvencia de la persona jurídica concursada, pues lo que puede ser indiferente para la calificación del concurso, puede no serlo, y debe no serlo, para la determinación de las personas afectadas o para la condena selectiva y por cantidad concreta de quienes han sido declarados persona afectada.

### **III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL.**

Examinados los aspectos más relevantes de la calificación del concurso como culpable, en tanto que es el punto de partida inexcusable para la exigencia de responsabilidad concursal, procede ahora adentrarse en ésta. No tanto, como ya se anticipó, con un objetivo de reconstrucción general de su naturaleza y disciplina, sino básicamente con el fin de replantear algunas cuestiones que, tras la reforma de 2011, deben ser analizadas de nuevo en la medida en que han resultado especialmente afectadas, y aún sin descartar que tal análisis conduzca a necesarias revisiones en el plano más amplio de la configuración general de esta peculiar institución.

Al comienzo del trabajo ya se apuntó que la responsabilidad concursal debía entender como un mecanismo de “extensión relativa” de los efectos patrimoniales del concurso, que no de su declaración, a personas que, habiendo tenido una especial incidencia sobre el concursado persona jurídica por su posición orgánica, en base a la cual adoptaron decisiones que han podido conducir a su insolvencia, deben contribuir ahora, con su patrimonio personal, a cubrir el déficit concursal para la mejor satisfacción de los acreedores. Como parece obvio, tal reacción sólo deberá producirse si la masa activa integrada por el patrimonio del concursado, debidamente depurado tras reintegraciones y separaciones, es insuficiente para satisfacer los créditos pendientes (sólo entonces habrá déficit concursal a cuya cobertura se pueda condenar), y si la conducta de quienes vayan a ser condenados por responsabilidad concursal merece el reproche que técnicamente deriva de la calificación del concurso como culpable y de su declaración como personas afectadas en tanto que contribuyeron a la generación o agravación de la insolvencia de la persona jurídica, que es lo que ahora hace imposible la satisfacción de esos créditos. De modo que, en vez de producirse un “concurso personal” de administradores, liquidadores o apoderados generales por extensión a ellos de la declaración del concurso de la sociedad, lo que se hace es añadir su responsabilidad personal para cubrir el déficit derivado de la insuficiencia de activo concursal, previo señalamiento como personas afectadas. A tal efecto, nuestro Derecho Concursal ha recogido algún antecedente conocido en el Derecho comparado, como es el

caso ya indicado de la acción de complemento del pasivo del Derecho francés, donde tal instrumento siempre estuvo en relación con el comportamiento negligente de los administradores o directivos que hubiera contribuido a la insolvencia de la sociedad.

La Ley española de 2003, seguramente influida por otros precedentes de asunción personal de deudas de la sociedad para su pago directo por los administradores en ciertos casos, configuró así la categoría de la responsabilidad concursal en el artículo 172, 3, como un supuesto de pago directo a los acreedores de créditos insatisfechos tras la liquidación del patrimonio social, subrogando en cierto modo a los administradores en la posición deudora de la sociedad. La reforma de 2011 ha clarificado este aspecto por una doble vía: del texto anterior ha desaparecido el inciso final, que precisamente se refería al “pago, total o parcial, a los acreedores concursales del importe de sus créditos no percibidos en la liquidación de la masa activa”, y ha sido sustituido en el nuevo texto por “la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit”; además, el actual apartado 3 del 172 bis indica expresamente que “todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso”. De manera que con toda intención, y con toda nitidez, la responsabilidad ha dejado de ser instrumento de pago directo a acreedores y ha recuperado su esencia de instrumento de cobertura del déficit concursal. Cambio, sin duda, relevante a la hora de replantear los aspectos concretos de la disciplina de la institución que se abordan a continuación.

### **1. Los presupuestos: la calificación en caso apertura de la fase de liquidación y la sentencia condenatoria.**

Es evidente, por más que todavía pueda apreciarse alguna confusión aislada al respecto, que no siempre que se abre la sección de calificación (artículo 167), ni tampoco siempre que en ella recaiga sentencia de calificación del concurso como culpable (artículo 172), se entienden cumplidos todos los presupuestos para que pueda producirse la condena por responsabilidad concursal a la cobertura del déficit. Ambas son condiciones necesarias, pero no suficientes, para tal pronunciamiento, como deja patente el apartado primero del artículo 172 bis, que debe ser interpretado en el contexto de las situaciones concursales que menciona. Es cierto que el artículo 172 del texto legal de 2003 hacía expresa referencia a “la persona jurídica cuyo concurso hubiere sido declarado culpable”, mientras que ahora la referencia es a quienes “hubieren sido declarados personas afectadas”; pero es igualmente evidente que sólo hay personas afectadas si el concurso ha sido declarado culpable (172, 2, 1º), por lo que ningún cambio se ha producido al respecto.

Los presupuestos específicos están, pues, delimitados en el apartado



primero de este artículo 172, bis: sólo si la sección de calificación ha sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de calificación, y no en otro caso; no, por tanto, cuando la sección de calificación, incluso si recayó sentencia que declaró el concurso culpable, se haya formado al aprobarse un convenio gravoso en los términos del artículo 167, ya que, si el convenio no es gravoso, ni siquiera se habrá formado tal sección de calificación. Ocurre, sin embargo, que el convenio ha podido ser incumplido, lo que traerá consigo la apertura de oficio de la fase de liquidación (artículo 143, 1, 5º), y, a partir de ahí, habrá de formarse la sección de calificación, o reabrirse si ya se hubiese formado con anterioridad al aprobarse el convenio gravoso; se procederá entonces como manda el artículo 167, 2, y si en la sección de calificación, que ahora se reabre por incumplimiento del convenio, hubiese recaído sentencia de concurso culpable, tanto los hechos que entonces se declararon probados en esa sentencia, como los que ahora determinan la reapertura, habrán de ser considerados por el juez para fijar la condena al déficit del concurso, a tenor del párrafo 2 del apartado 1 del artículo 172 bis.

Éstas son, pues, las únicas circunstancias en que puede llegar a dictarse condena por responsabilidad concursal, para la cobertura del déficit, contra personas que la sentencia ha declarado afectadas por la calificación del concurso como culpable.

Aclarado esto, hay que añadir que la sentencia de calificación, a la vez que declare personas afectadas, debe pronunciar expresamente la citada condena. Y es este presupuesto de la responsabilidad concursal el que puede suscitar mayores dudas a causa de la expresión “el juez podrá condenar” que el artículo 172 bis contiene, y que ha sustituido a la quizá más confusa (“la sentencia, además, podrá condenar”) del anterior artículo 172, 3, en la que la intercalación del “además” podía invitar a considerar dos pronunciamientos de distinta naturaleza, uno más obligado (la declaración de personas afectadas) y otro más potestativo (la propia condena al pago a los acreedores insatisfechos en el modelo anterior). Sin embargo, y ya entonces hubo interpretaciones en este sentido, la condena, que en todo caso es una decisión autónoma que el juez adopta de oficio en la sentencia de calificación, no debe entenderse como un pronunciamiento potestativo añadido. Si se dan los presupuestos (calificación del concurso como culpable en caso de apertura de la fase de liquidación, necesaria determinación de personas afectadas, adecuada valoración de su imputación por participación en los hechos que hayan generado o agravado la insolvencia y nexo causal con el daño producido a la masa activa y a los créditos, según ya se indicó), la condena al déficit concursal debe producirse; otra cosa es que tal condena alcance a todos o a algunos, o solamente a alguno, de los declarados como persona afectada. Es ahí donde está el ámbito de apreciación judicial y ése es el margen facultativo, extender la responsabilidad concursal a todos, a

algunos o a alguno. La expresión “podrá condenar” debe leerse, pues, completa y en relación con los destinatarios de la condena (todos o algunos) que se citan a continuación; esa es la interpretación coherente, que el juez “debe” condenar si se dan los presupuestos indicados, pero “puede” condenar a todos o a algunos. Lo contrario implicaría eludir discrecionalmente las consecuencias de un daño comprobado e imputable, lo que no tendría justificación razonable. De modo que el problema del carácter facultativo o potestativo de la condena existe, pero limitado a ese aspecto del alcance subjetivo, y, por tanto, se traslada a la justificación de los criterios de selección de quienes vayan a ser condenados de entre los que podrían serlo por haber sido previamente declarados como personas afectadas por el concurso culpable, como luego se analizará.

## **2. La legitimación activa y pasiva.**

La cuestión de la legitimación para exigir o asumir la responsabilidad concursal presenta, tanto en uno como en otro aspecto, algunas peculiaridades que conviene destacar.

Por el lado activo, el texto legal (artículo 172, bis, 3), sólo hace referencia a la legitimación para solicitar la ejecución de la condena, y no para instar la propia condena, que queda atribuida en primer grado a la administración concursal. Por sustitución, el precepto concede también legitimación subsidiaria a los acreedores que hubieran requerido por escrito a la administración concursal la solicitud de la ejecución, si ésta no lo hace en el plazo de un mes tras la petición; dada la amplitud de esta legitimación de segundo grado, nada impide que los acreedores requirentes puedan solicitar la ejecución de la condena conjuntamente, pero también podrían hacerlo algunos, o alguno, de entre ellos. Sin duda la ley ha tenido en cuenta en este nuevo apartado, que no tenía precedente en el artículo 172, 3, originario, que la condena es dictada directamente, de oficio, por el juez en la sentencia de calificación del concurso como culpable, a la vez que determina las personas afectadas, y no es necesaria, por tanto, instancia de parte a estos efectos. Y también, probablemente, que, debiendo presentar la administración concursal el informe razonado y documentado a que se refiere el artículo 169, 1, con propuesta de resolución sobre la calificación del concurso y sobre personas afectadas, podrá incluir también en él las consideraciones que considere oportunas en relación con su responsabilidad concursal.

Cabe preguntarse, pues, si sería posible instar directamente la condena, y no ya su ejecución, en el hipotético caso de que el juez, al pronunciar la sentencia de calificación y determinar personas afectadas, no hubiere deducido responsabilidad concursal para todas o algunas de ellas. No parece

que tal pretensión tenga amparo legal, pero podrá utilizarse entonces, y ese debe ser el cauce para plantearlo, el recurso de apelación que contra la sentencia de calificación pueden interponer quienes hubieran sido parte en la correspondiente sección, como establece el apartado 4 del artículo 172 e, innecesariamente, reitera el apartado 4 del nuevo 172 bis, si bien la condición de parte (artículo 168) está habilitada para cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo, y no tanto para quienes intervienen en el proceso de calificación (artículos 169, 170 y 171), como es el caso de la administración concursal o del Ministerio Fiscal, cuya legitimación a estos efectos de presentar recurso de apelación, debiera entenderse directamente concedida.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, es obvio que los eventuales condenados a la cobertura del déficit han de ser personas previamente declaradas como afectadas por la declaración del concurso culpable de la persona jurídica en la que ostentan, o han ostentado en los dos años anteriores al concurso, alguna de las condiciones que señala el apartado 1 del artículo 172 bis, esto es, administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales. Exclusivamente a ellos, y no a otros (por ejemplo, a los auditores de la sociedad, que sí están mencionados en el artículo 48 quáter a propósito de la responsabilidad por daños causados a la persona jurídica concursada), con los matices y precisiones ya mencionados a propósito de la calificación, alcanza la legitimación pasiva a los efectos de la responsabilidad concursal. Cosa distinta es que, estando todos ellos legitimados pasivamente, la condena efectiva no les alcance a todos, ni les alcance por igual, como de inmediato se analizará.

### **3. La condena individualizada y por concreta cantidad de todas o alguna de las personas afectadas.**

Uno de los aspectos más novedosos del artículo 172 bis es indudablemente el que se refiere al alcance de la condena, tanto en los subjetivo como en lo cuantitativo. El precedente artículo 172 de la Ley Concursal hacía referencia conjunta y genérica a todos los legitimados pasivos indistintamente y sólo ofrecía margen de discrecionalidad en el aspecto cuantitativo de la condena, que entonces se materializaba en el pago total o parcial a los acreedores concursales del importe de los créditos no percibido en la liquidación de la masa activa. Tal formulación había suscitado discusión en cuanto a la naturaleza, solidaria o no, de la responsabilidad concursal; y así parece que debía entenderse, como obligación solidaria al pago de la cantidad fijada en la condena, seguramente más por analogía con los supuestos de responsabilidad societaria de administradores por daños y deudas, que por exigencia segura del propio régimen de la responsabilidad concursal.

El nuevo precepto ha introducido en este terreno novedades muy relevantes en tres direcciones, que deben considerarse con cierta especificidad, aunque todas ellas terminen contribuyendo, por la relación que guardan entre sí, a la configuración de esta peculiar responsabilidad en su conjunto: la condena puede recaer sobre “todos o algunos de de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y de los apoderados generales de la persona jurídica concursada que hubieren sido declarados personas afectadas por la calificación del concurso como culpable”; si hay pluralidad de condenados, “la sentencia debe individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieren determinado la calificación del concurso”, y, finalmente, la condena puede alcanzar “a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal”. Cada uno de estos tres aspectos tiene, en efecto, su propio significado, y todos ellos proporcionan un amplio margen de discrecionalidad judicial, que debe ser cuidadosamente delimitado y utilizado.

En primer lugar, el que la condena pueda recaer en todos, algunos, o alguno, de los legitimados pasivos indicados, implica que el juez debe valorar con precisión el grado o título de imputación que concurra en cada caso para que su eventual selección esté suficientemente justificada. Obviamente, habrá que tener en cuenta la composición del órgano (administrador único, dos o más solidarios, dos o más conjuntos, si fuera posible, consejo de administración como órgano colegiado, con o sin delegación interna, etc.) o equivalente (uno o más liquidadores, uno o más apoderados generales), dentro del ámbito temporal de los dos años que preceden a la declaración del concurso, para aplicar las correspondientes reglas de imputación en cada caso; como también habrá que tener en cuenta la posición y funciones de cada miembro, concretamente en el supuesto frecuente de órgano colegiado, tal y como sucede en el ámbito societario. Además, como ya el juez habrá podido tener en cuenta estas circunstancias previamente, a efectos de determinar personas afectadas, la argumentación que le hubiere conducido a decidir algún tipo de selección en ese trance, operará también aquí, a efectos de atribuir responsabilidad concursal. Podrá haber más personas afectadas que responsables concursales, pero es lógico que los juicios de valor aplicados en cada caso presenten notable coincidencia.

En tal sentido, y en el citado supuesto de órgano colegiado, no es descartable que la condena recaiga sobre un cargo unipersonal cualificado (el consejero delegado, el presidente del consejo con funciones ejecutivas, el apoderado general, etc.), o sobre algunos de los componentes del órgano en exclusiva (los miembros de la comisión ejecutiva, los diversos consejeros ejecutivos, los miembros de una determinada comisión interna, etc.); y, a falta de base objetiva y constatable para efectuar una imputación más

concreta o personalizada, el juez podrá acudir a la presunción de participación y responsabilidad colectiva para fundamentar la condena a todos los integrantes del órgano. La disciplina societaria de la responsabilidad de administradores ofrece materia suficiente para, con técnicas de analogía, aplicar aquí criterios adecuados en cuanto al alcance subjetivo de la condena, tomando también en consideración las implicaciones que derivan de la distinción entre los niveles de la gestión y la supervisión y del juego de las causas de exoneración reconocidas. Porque, en última instancia, de lo que se trata ahora es de poner en relación, sea en términos de imputación o de nexo causal, la exigencia de responsabilidad concursal y la realización de actos o la adopción de decisiones que han generado o agravado la insolvencia o que han contribuido a la calificación del concurso como culpable.

Íntimamente relacionado con el alcance subjetivo de la condena está el segundo de los aspectos indicados, porque, si hay pluralidad de condenados, sean todos o algunos de los legitimados pasivamente como personas afectadas, la sentencia debe, imperativamente, individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos. Se requiere, pues, un plus de determinación, ahora cuantitativa, en la condena: primero hay que determinar quienes resultan afectados por la calificación, luego quienes de entre ellos son declarados responsables del déficit, y finalmente, si fueran varios, la cantidad que cada uno debe integrar a la masa activa. Esta especie de “personalización” creciente y progresiva de la condena constituye, sin duda, una señal de identidad del modelo de responsabilidad concursal tras la reforma de 2011.

La fórmula legal no permite una condena conjunta, exigible en forma solidaria. Cabría, si acaso, establecer globalmente la cantidad total que el conjunto de los condenados debe aportar a la masa activa como cobertura del déficit concursal, pero es necesario que el montante global esté distribuido entre ellos, individualizando de manera concreta la cantidad que cada uno debe satisfacer. De manera que la anterior hipótesis de responsabilidad solidaria para el pago de los créditos insatisfechos ha quedado expresamente descartada en el nuevo modelo, y, con ella, cualquier pretensión de derecho de repetición o de regreso entre los responsables, de liberación de los demás por el pago de uno, de cobertura de la insolvencia personal de alguno de los obligados por los demás, o de elección o variación de demandado.

El precepto (artículo 172, 1, párrafo tercero), además, se pronuncia sobre el criterio de individualización de la cantidad: el grado de participación de cada uno en los hechos que determinaron la calificación del concurso como culpable; he aquí la nítida invocación a la imputación personal o al nexo causal entre conducta de las personas afectadas y contribución a la

cobertura, total o parcial, del déficit. Cabrá entonces distinguir: si se produjo la calificación del concurso como culpable por la vía de la cláusula general del 164, 1, sea mediando prueba de dolo o culpa grave de los afectados, sea mediando presunción de tal en los casos del 165, la cantidad a satisfacer por cada uno habrá de estar proporcionada y conectada causalmente a la generación o agravación de la insolvencia; si la calificación se apoyó en alguno de los hechos de concurso culpable del 165, 2, la cantidad habrá de resultar acorde al grado de imputación personal del hecho concreto apreciado como determinante de la calificación en el caso, y no tanto de dicha generación o agravación. Lo razonable, en un caso y en otro, será que la cantidad individualizada sea distinta en función del grado de culpabilidad en un caso, o de imputación del ilícito en el otro; pero no debe descartarse la hipótesis de que, apreciando el juez idéntico grado de participación, o no encontrando elementos suficientes de diferenciación, la condena individualizada termine concretada en cantidades iguales, dividiendo el montante total de cobertura del déficit en cuotas idénticas entre los declarados afectados y, además, responsables.

Finalmente, la condena puede alcanzar a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal, entendido éste como insuficiencia de la masa activa para satisfacer íntegramente el conjunto de los créditos pendientes, entendiendo incluidas a estos efectos, creo, tanto las deudas de la propia masa, como los créditos concursales que integran la masa pasiva propiamente dicha, pues no parece que haya razón objetiva para un distinto tratamiento desde la perspectiva de la función de la responsabilidad concursal. Con independencia de que el origen último de ese déficit, como cálculo matemático, esté más en las circunstancias adversas, en la coyuntura desfavorable de mercado, en la evolución negativa del negocio del concursado, o en la inadecuada gestión de las personas afectadas, otra vez aquí la ley abre un espacio a la razonable discrecionalidad del juez para valorar la relación de causalidad (en este punto más que el grado de imputación personal, ya que se trata de fijar el volumen de cobertura en su conjunto y no de asignar, como antes, responsabilidad individualizada) entre la conducta de los responsables a los que va a alcanzar la condena y el daño que se pretende compensar, complementando en lo posible la masa activa, provocado por la situación de insolvencia generada o agravada. De ahí que la intensidad del déficit, las causas que lo originaron, la gravedad de las acciones u omisiones, la naturaleza de los créditos que vayan a quedar insatisfechos, etc., pueden ser elementos a tener en cuenta a la hora de establecer el montante, total o parcial, de cobertura, que luego vaya a ser distribuida en la condena individualizada de las personas afectadas a las que se extienda la responsabilidad concursal.

#### **4. La integración en la masa activa de las cantidades obtenidas.**

Uno de los elementos más relevantes del nuevo régimen de la

responsabilidad concursal es, sin duda, éste referido al destino que han de tener las cantidades obtenidas en la ejecución de la sentencia de calificación. El modelo anterior se caracterizaba por ser la responsabilidad concursal un instrumento de pago directo, total o parcial, a los acreedores concursales del importe que de sus créditos no hubieran percibido en la liquidación de la masa activa. Ahora ya no hay pago directo ni asunción por las personas afectadas que sean condenadas como responsables concursales de deudas insatisfechas de la persona jurídica concursada; ahora tales responsables serán condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit, de modo que todas las cantidades que se obtengan han de integrarse en la masa activa destinada a la liquidación.

Dicho modelo anterior planteaba delicados problemas de orden de pago a los acreedores y en qué medida debían observarse los criterios de graduación de créditos para una operación distinta a la liquidación; porque entonces el sistema operaba tras la liquidación de la masa activa, ya que sólo entonces estaba determinado el montante insatisfecho de cada crédito concursal como presupuesto para hacer efectiva la condena al pago subrogado, total o parcial, de la parte no percibida.

En el nuevo modelo la responsabilidad concursal ya no opera tras la liquidación, sino en la propia liquidación, pues la integración en ella de las cantidades obtenidas implica que la masa activa aún no está liquidada; lo que va a ser objeto de liquidación es precisamente la masa activa, reintegrada total o parcialmente en la medida de la suma de las condenas individuales por responsabilidad concursal y, obviamente, siempre que la masa activa sea insuficiente para satisfacer los créditos, pues en eso consiste el déficit a cubrir, en que la masa activa no alcance para el pago de los créditos que forman la masa pasiva, que es lo normal en situaciones de insolvencia. Sólo en el hipotético caso de que la insolvencia estuviera motivada por iliquidez, y no por insuficiencia de bienes, cabría pensar en una liquidación no deficitaria que hiciera innecesaria la cobertura total o parcial del déficit. Porque no es descartable que “la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles”, con que el artículo 2 de la Ley Concursal tipifica el presupuesto objetivo de la declaración del concurso, derive de una iliquidez que hace imposible el pago íntegro y puntual, que es lo que significa ese cumplimiento regular, más que de un desbalance o insuficiencia de bienes en el activo para cubrir el pasivo.

De modo que lo lógico ahora es que la sentencia condenatoria a la cobertura total o parcial del déficit, que vendrá determinado por la confrontación entre la masa activa y la masa pasiva, se ejecute antes de liquidación; y, reintegrada la masa con las cantidades obtenidas, se proceda a liquidarla aplicando las reglas de prelación en el pago a los acreedores que derivan de la graduación de los créditos reconocidos, en los términos de los

artículos 154 y siguientes, comenzando por los créditos contra la masa o prededucibles y siguiendo por los créditos concursales conforme a su naturaleza y orden de clasificación. Lo que debe ayudar a que la “par conditio” se aplique dentro de los límites legales, evitando los riesgos de discriminación o trato desigual que podía tener el sistema anterior de pago directo tras la liquidación. Ello no obsta, en todo caso, a la “especialidad de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa”, ahora prevista en el nuevo artículo 176 bis, pues uno de sus presupuestos es precisamente que no sea previsible la calificación del concurso como culpable, que es lo que habilita la condena a la cobertura del déficit por responsabilidad concursal.

### **5. La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad concursal como conclusión.**

Expuestos hasta aquí los cambios experimentados en la regulación legal de la responsabilidad concursal, y las consecuencias que tienen para la configuración de su disciplina jurídica, procede una reflexión final, en clave de recapitulación, sobre el eventual impacto que esos cambios hayan podido tener en el debate abierto sobre la naturaleza de esta responsabilidad, donde, como es bien sabido, se han mantenido posiciones confrontadas, según se entendiera que tal responsabilidad tiene un objetivo más sancionador o más resarcitorio, sin perjuicio de sugerentes posiciones intermedias que han tratado de compaginar ambas perspectivas.

Es cierto, a mi juicio, que la construcción inicial de esta responsabilidad, cuando constituía un instrumento de pago directo de créditos, o de asunción de deudas ajenas por las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable, se encuadraba en un “contexto predominantemente sancionador”, tendencia abonada por un conjunto de circunstancias bien notorias. La relación entre la condena por responsabilidad concursal y la calificación del concurso como culpable, el destacado ámbito de ilicitud (que haya mediado dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, o que concurren hechos objetivos de indudable relevancia) en que se mueve tal calificación, la previa determinación selectiva de personas afectadas sobre la base de una especial imputación de las consecuencias negativas del concurso que se evidencian en una liquidación insuficiente, la propia forma de exigirse la responsabilidad concursal mediante sentencia condenatoria, etc., constituían ingredientes significativos para ese contexto sancionador. Además, la sintomática analogía, o similitud, entre esta categoría de responsabilidad, dirigida en última instancia al pago de créditos pendientes, y los supuestos más conocidos de responsabilidad societaria por deudas, en caso de no disolución o no solicitud de concurso, a los que se ha reconocido insistentemente naturaleza sancionatoria, contribuía también a esa tendencia.



Frente a ello, se alegaba que la razón última de esta responsabilidad concursal debía ser la de compensar en la medida de lo posible el daño que los acreedores insatisfechos hubieran experimentado tras la liquidación como consecuencia de la insolvencia que las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable habían contribuido a generar o a agravar; lo que requería establecer el nexo causal, típico de la responsabilidad indemnizatoria, entre la conducta de esas personas, la insolvencia de la persona jurídica y el daño producido a los acreedores como presupuesto para condenarles a su resarcimiento, consistente en la cuantía insatisfecha de los créditos.

Tampoco faltaron posiciones más intermedias que consideraban compatible una orientación sancionadora en este ámbito con la reparación del daño causado, entendiendo que precisamente la sanción adecuada era ésa, indemnizar o resarcir el perjuicio experimentado por los acreedores cuyos créditos no hubieran sido íntegramente satisfechos por mor de la insolvencia del deudor; por eso la condena era al pago personal, total o parcial, de esos créditos, sancionando con la asunción de la deuda ajena la contribución causal a la producción del daño.

Los nuevos datos a considerar tras la reforma de 2011 contribuyen más, a mi juicio, a la comprensión de la responsabilidad concursal como una variante de la responsabilidad indemnizatoria, orientada al resarcimiento de un daño, que a lo contrario. Considerar que el hecho de que haya supuestos legales de concurso automático justifica una mayor objetivación de la responsabilidad concursal, de modo que, si en esos casos no es preciso un nexo causal entre conductas desarrolladas y generación o agravación de la insolvencia, tampoco debe exigirse que lo haya entre calificación del concurso como culpable y responsabilidad concursal de personas afectadas, supondría desconocer que la condena a la cobertura del déficit requiere una justificación añadida de la imputación de las conductas o de la insolvencia a quienes vayan a ser sujetos pasivos de tal condena.

El relevante cambio en la finalidad de la condena que supone pasar del pago directo de créditos insatisfechos a la cobertura del déficit concursal mediante reintegración de la masa activa insuficiente, supone admitir que ha habido un daño a los acreedores que debe ser resarcido en la medida en que la conducta de los afectados hubiera contribuido, mediando dolo o culpa grave, a la insolvencia o, sin mediarlo, a la realización de los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable. Y tal apreciación exige una relación de causalidad adecuada, sin la cual no debe haber base suficiente para la condena. La misma circunstancia de que la sentencia deba individualizar la cantidad a satisfacer por cada responsable, de acuerdo con su participación en los hechos que determinaron la

calificación del concurso como culpable, presiona en la misma dirección de la naturaleza resarcitoria, que es la establecer un nexo causal entre conducta particular y daño causado, pues esa será la base para fijar con proporcionalidad la cuantía a satisfacer a la masa activa en cada caso, a modo de indemnización.

#### **IV. BREVE CONSIDERACIÓN DE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS.**

Concluido el análisis de la responsabilidad concursal, hay algunos aspectos de interés relacionados con ella que merecen una breve consideración final. Se trata, por un lado, de recordar la previsión legal de algunas garantías para asegurar la eventual responsabilidad concursal y, por otro, de actualizar la problemática del marco de relaciones entre las acciones societarias para exigir responsabilidad por daños o deudas a los administradores y la propia responsabilidad concursal. Ambos asuntos son examinados de forma sintética a continuación.

##### **1. Embargo preventivo y aseguramiento de la responsabilidad concursal.**

Como medida específica para asegurar cautelarmente la responsabilidad concursal, ya el texto legal de 2003 estableció en su artículo 48, 3, para el caso de concurso de persona jurídica, el embargo preventivo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, o de quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores, como decisión facultativa que el juez puede adoptar, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, desde la propia declaración del concurso. Como presupuestos específicos de tal decisión, el precepto exigía que “de lo actuado resultara fundada la posibilidad de que el concurso resultara calificado como culpable y de que la masa activa fuera insuficiente para satisfacer todas las deudas”, circunstancias que, obviamente, presentan un grado de discrecionalidad ocasional que sólo el buen criterio del juez al valorar la probabilidad podrá neutralizar. Porque, además, la misma discrecionalidad se aplicaba a la cuantía del embargo que el juez estimara bastante y a la posibilidad de sustituir, a solicitud del interesado, el embargo por aval de entidad de crédito.

La reforma de 2011 no ha alterado sustancialmente el funcionamiento de tal mecanismo de garantía, aunque sí ha introducido algunas novedades de interés. El artículo 48 ter, ahora bajo el rótulo monográfico de “embargo de bienes” sigue contemplando esa posibilidad, que ahora califica expresamente como medida cautelar, añadiendo a los apoderados generales como sujetos potencialmente afectados, en coherencia con su inclusión en el ámbito de la calificación y de la responsabilidad concursal. Pero la formulación del

presupuesto habilitante del embargo preventivo ha experimentado un cambio notable de perspectiva; ahora se pide que “de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley”. El cambio de redacción se comprende fácilmente en el nuevo contexto de la responsabilidad concursal, pues no es necesario advertir de la eventualidad de que el concurso vaya a ser declarado culpable ni de que la masa activa vaya a ser insuficiente para cubrir las deudas; si no hay sentencia de calificación como culpable no habrá personas afectadas ni condena a la cobertura del déficit, por lo que la actual delimitación del presupuesto del embargo es suficiente. Por lo demás, el auto que resuelva la medida cautelar es ahora expresamente recurrible en apelación, a tenor del apartado 3 de este artículo 48 ter.

Cuestión distinta en relación con las garantías de la responsabilidad concursal es la de su aseguramiento contractual mediante el oportuno contrato de seguro de responsabilidad civil. La asegurabilidad de esta responsabilidad no ofrece duda, en principio, aunque también es claro que la cobertura del riesgo no resultará sin más de la previa suscripción de una póliza de seguro de responsabilidad civil de administradores (la conocida póliza D&O); sería necesaria una póliza específica o una previsión expresa en una póliza más general de cobertura de responsabilidad civil. Por lo demás, de la cobertura quedaría excluido el supuesto de dolo, por aplicación de la regla general del artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro, que libera al asegurador del pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado. Igualmente, los habituales problemas que plantea el aseguramiento de la responsabilidad societaria de administradores por daños o por deudas, tendrían cabida aquí, con la correspondiente adaptación al particular contexto de la responsabilidad concursal: así, la distinta consideración de la prima en la doble eventualidad de que la póliza sea suscrita por los propios asegurados o por la persona jurídica; la posibilidad de utilizar fórmulas de póliza colectiva con designación de cargos o sujetos cubiertos como potenciales personas afectadas; la delimitación de riesgos incluidos y excluidos, a partir de los hechos de concurso culpable; la fijación de una suma asegurada como tope de cobertura garantizada del déficit concursal; la obligación de comunicar el agravamiento del riesgo cuando se produzca la declaración del concurso, o incluso cuando tengan lugar los supuestos previos del artículo 5 bis, y especialmente cuando se forme la sección de calificación, etc.

## **2. La relación entre la responsabilidad concursal y las acciones societarias de responsabilidad por daños y por deudas.**

Finalmente, la reforma ha operado también algún cambio, saludable

aunque incompleto, en esta controvertida materia del “marco de relaciones” entre responsabilidad concursal y responsabilidad societaria, donde se planteaban problemas de coordinación, compatibilidad, superposición, etc., por la evidente razón de que son responsabilidades que pueden afectar a las mismas personas, principalmente a los administradores de la sociedad concursada, y, en ciertos casos, con los mismos objetivos.

La Ley de 2003 solamente contenía referencias a la acción social de responsabilidad por daños a la persona jurídica en el artículo 48, 2. Lo hacía para añadir la legitimación activa de la administración concursal, sin necesidad de acuerdo previo de la junta general, a las legitimaciones societarias (sociedad, minoría, acreedores) para ejercitar la acción contra administradores, auditores y liquidadores. La acción, pues, podía continuarse o iniciarse tras la declaración del concurso, en tanto que su objetivo es el de indemnizar el patrimonio social (ahora la masa activa) en beneficio de los acreedores. La competencia, con efecto de acumulación por atracción en los términos del artículo 51, 1, correspondía al juez del concurso, aunque su mención en el nº 7 del artículo 8 generaba alguna confusión entre responsabilidad por daños y por deudas debido a una reforma poco afortunada de 2009, que la reforma de 2011 ha clarificado.

Lo que ha hecho el actual artículo 48 quáter, acertadamente, es concentrar la legitimación activa en la administración concursal una vez declarado el concurso, dándole carácter de legitimación exclusiva. Con ello se evitan supuestos de dispersión en el ejercicio de la acción, en beneficio de la unidad de objetivo, a la vez que, como indicaba, se ha recompuesto la competencia del juez del concurso con la nueva redacción del nº 7 del artículo 8.

No ha ocurrido lo mismo con la otra acción societaria de responsabilidad por daños, que es la acción individual. La previsión de acumulación en el procedimiento concursal, bajo la competencia del juez del concurso, que aparecía en el texto preparado para la reforma en alguna fase, desapareció del texto final, de modo que en el artículo 51,1, sólo permanece la acumulación de la acción social (reclamaciones por daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores) y no la de la acción individual. Ésta, pues, puede continuarse o iniciarse fuera del concurso y ante la jurisdicción ordinaria, con evidentes riesgos de confusión, de afectación de la par conditio y hasta de eventual doble pago.. El argumento de que se trata de una acción de socios, acreedores o terceros contra administradores por la lesión directa de sus intereses individuales puede resultar convincente en algunas ocasiones; pero es obvio que en otras, probablemente en la mayoría, lo que se pretende con la acción individual es reclamar de los administradores, bajo su presentación como daño, el pago de las deudas

pendientes de la sociedad. En tales supuestos, la coincidencia material de finalidad entre acción individual, responsabilidad por deudas y responsabilidad concursal, debiera haber propiciado un tratamiento equivalente al que se ha incorporado en la reforma para la responsabilidad por deudas propiamente dicha.

Porque, en efecto, la responsabilidad societaria por deudas sí ha sido considerada desde esa perspectiva. Su concomitancia con la responsabilidad concursal, especialmente en supuestos de pérdidas cualificadas y no disolución o no solicitud del concurso, requería de alguna medida de coordinación, y la reforma lo ha resuelto con una doble medida: el artículo 50, 2, ordena la no admisión a trámite, desde la declaración del concurso hasta su conclusión, de demandas que exijan esta responsabilidad por deudas de la sociedad concursada, y, si se admitieran, todo lo actuado carecerá de validez; el artículo 51 bis, por su parte, ordena la suspensión de los procedimientos iniciados, siendo de aplicación, además, la regla de interrupción de la prescripción de acciones suspendidas que el artículo 60, 3, ha explicitado. No cabe, pues, iniciar, ni continuar, el ejercicio de acciones de responsabilidad por deudas, evitándose así la eventual interferencia que podría producirse con la responsabilidad concursal.

Queda, con ello, examinado el nuevo régimen de la responsabilidad concursal en su conjunto; clarificado y depurado en muchos aspectos, sin duda, aunque no dejará de suscitar polémica, como es normal que ocurra con los instrumentos que el Derecho dispone para canalizar intereses contrapuestos en situaciones particularmente delicadas, y el concurso lo es en gran medida.